

Sumaré/SP, 30 de agosto de 2019.

À

ANP - AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS

SOL - Superintendência de Distribuição e Logística

A/C Ilmo. Superintendente Sr. Cezar Caram Issa

A/C Ilmo(a). Sr(a). Pregoeiro(a)

Av. Rio Branco, 65- Centro

20090-004 Rio de Janeiro, RJ

Tel: (21) 2112-8683

Assunto: RECURSO ADMINISTRATIVO - INABILITAÇÃO (L68C) EDITAL 005/2019 - PRAZO RECURSAL 30/08/2019

Prezado(a) Senhor(a) Pregoeiro(a),

PRISMA COMERCIAL EXPORTADORA DE OLEOQUIMICOS LTDA, matriz estabelecida na Av. Itália, nº 482, sala 501, Bairro São Pelegrino, CEP 95.010-040, em Caxias do Sul, Estado do Rio Grande do Sul, inscrita no CNPJ sob nº 09.267.863/0001-02, e filial Produtora de Biodiesel estabelecida na Rua Mariano Jatahy Marcondes Ferraz, nº 115, Centro, CEP 13.170-017, em Sumaré/SP, inscrita no CNPJ nº 09.267.863/0006-09, na condição de Produtor Autorizado de Biodiesel, vem por meio desta apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

nos termos do item 8.1 do EDITAL DE LEILÃO PÚBLICO no 005/19, 68º LEILÃO DE BIODIESEL COMPLEMENTAR - L68C, para revisão da decisão de inabilitação em decorrência de sanção aplicada à ora Recorrente por entrega de volume de biodiesel inferior a 90% do total contratado no Edital de Pregão nº 007/2018, conforme os motivos a seguir expostos.

I - Da falta de previsão para inabilitação no L68C

A Recorrente está sendo injustamente impedida de participar do Leilão Público n.º 005/19 – Leilão L68C, **uma vez que nenhum dos editais prevê a possibilidade de tal sanção, como se passa a demonstrar.**

O edital do Leilão Público 001/2019 – Leilão L65 prevê em seu item 12.14 que o fornecedor que tenha entregue volume inferior a 90% do comercializado ficará impedido de participar do L68, **sem mencionar a possibilidade de inabilitação em outros leilões.**

12.14.4 Após o descrito no item 12.14.3, a ANP publicará aviso no sítio da agência (www.anp.gov.br) com a listagem do(s) **FORNECEDOR(ES)** que estará(ão) impedidos de participar do **L68** por entrega de volume de biodiesel inferior a 90% do total por ele contratado.

Neste ponto, destaca-se o fato do Edital referente ao Leilão Público 005/2019 – Leilão L68C, ora em questão, prever que não poderá participar desse certame o fornecedor que tiver entregue volume inferior a 90% do total contratado no Edital de Pregão n.º 007/2018.

9 DO IMPEDIMENTO DE PARTICIPAR DO CERTAME

9.1 Não poderá participar deste LEILÃO PÚBLICO o **FORNECEDOR** que:

9.1.6 Tenha entregado, ao final do contrato referente ao Edital de Pregão n.º **007/2018**, volume inferior a **90%** do total por ela contratado, comprovado por meio de correspondência do **ADQUIRENTE** protocolizada na ANP, ou

Todavia, o Edital n.º 007/2018, mencionado no item 9.1.6 do L68C, como se observa dos resumos dos Leilões com entregas previstas para os anos de 2018 e 2019, **inexiste!!!**

Também consta do aviso o impedimento da Recorrente de participar do Leilão Público n.º 005/2019 - Leilão L68C faz referência à infração prevista no Leilão Público n.º 001/19 – Leilão L65.

AVISO II Leilão Público Nº 005/19-ANP

Após análise do item 12.14 do Edital de Leilão Público n.º 001/19, a empresa produtora de biodiesel **PRISMA COMERCIAL EXPORTADORA DE OLEOQUÍMICOS LTDA.** está **impedida de participar do 68º Leilão de Biodiesel COMPLEMENTAR** por entrega de volume de biodiesel inferior a 90% do total contratado.

PRISMA COMERCIAL EXPORTADORA DE OLEOQUÍMICOS LTDA

MATRIZ

CNPJ: 09.267.863/0001-02
Av. Itália, 482 - Sala 501
95010-040 - Caxias do Sul, RS – Brasil
+55 (47) 3086 3590
www.prismabrazil.com | joao@prismabrazil.com

FILIAL (INDÚSTRIA)

CNPJ: 09.267.863/0006-09
Rua Mariano Jatahy Marcondes Ferraz, 115
13.170-017 – Sumaré/SP - Brasil
+55 (19) 3828-4404
marcos@prismabrazil.com

Do exposto nota-se inicialmente que o L65 está sendo aplicado em leilão para o qual não foi previsto e que o Edital que fundamenta a inabilitação ora impugnada não existe. Tal fato configura o vazio jurídico da penalidade combatida.

Por todo o exposto, é inquestionável que a inabilitação da Recorrente para o Leilão Público 0005/2019 – Leilão L68C constitui ilegalidade que fere os princípios da igualdade e da legalidade previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

II - Da falha no procedimento

Além de todas as ilegalidades demonstradas no tópico acima, a Recorrente foi inabilitada para participar dos Leilões L68 e L68C por não ter entregado o mínimo de 90% (noventa por cento), nos termos do item 12.14 do Edital de Leilão Público n.º 001/19 - L65.

Ocorre que tal penalidade foi aplicada **sem que fosse oportunizada a ampla defesa e o contraditório à Recorrente**, momento em que poderia ser discutido se o inadimplemento ocorreu em razão de caso fortuito. Tal ato poderia levar à conclusão de aplicabilidade da cláusula oitava do contrato e a Recorrente não sofreria a sanção aplicada.

De mais a mais, a Recorrente foi inabilitada por ter descumprido as regras do Leilão L65, sendo assim, é imprescindível a análise deste edital.

Dito isto, passa-se a demonstrar as ilegalidades da imposição de sanção administrativa de inabilitação para os Leilões L68 e L68C.

De início, o adquirente tem o prazo de 10 (dez) dias, contados do término da vigência do contrato, nos termos do item 12.14.2, para informar à ANP a listagem de fornecedores que entregaram volume inferior a 90% (noventa por cento) do volume contratado.

No entanto, apesar de o contrato prever o prazo de vigência entre os dias 01/03/2019 e 30/04/2019, a adquirente só comunicou à ANP o percentual coletado em ofício datado de **29/05/2019, ou seja, vinte dias após o término do prazo estabelecido no edital.**

Além disso, o edital em suas páginas 15 e 16 determina o procedimento que deve ser adotado em caso de necessidade de aplicação da sanção, veja:

12.14.3 A ANP abrirá processo administrativo para o(s) **FORNECEDOR(ES)** que entregar(em) volume de biodiesel inferior a 90% do total contratado. O(s) **FORNECEDOR(ES)** será(ao) oficiado(s) pela ANP e terá(ão) dez dias para apresentação de defesa, contados a partir do recebimento do ofício.

12.14.4 Após o descrito no item 12.14.3, a ANP publicará aviso no sítio da agência (www.anp.gov.br) com a listagem do(s) **FORNECEDOR(ES)** que estará(ão) impedidos de participar do **L68** por entrega de volume de biodiesel inferior a 90% do total por ele contratado.

12.14.5 Da lista prevista no item 12.14.4, caberá recurso no prazo previsto no item 8.1 deste Edital.

Ocorre que a Recorrente foi surpreendida pela notificação de que estava automaticamente **inabilitada para participar do L68, no mesmo dia em que foi oficiada para apresentar defesa, ou seja, sem observância do prazo para apresentação de defesa prévia.**

Para além disso, a Recorrente foi inabilitada **de forma automática para o L68C, como se o L68 e o L68C fossem componentes do mesmo edital**, se utilizando do mesmo processo administrativo viciado.

No entanto, como exaustivamente explanado, os Leilões referenciados estão previstos e regulamentados por **editais diferentes e independentes**, como se verifica nos documentos que instruem a presente inicial, quais sejam, Edital Público 004/2019 e 005/2019.

Outrossim, cumpre destacar que em nítida redundância com o art. 5º, inciso LV, CF e com art. 87, Lei 8.666/93, o referido edital prevê que as sanções **administrativas só serão aplicadas após abertura de prazo para defesa prévia**, destacamos:

11.1] Se o(s) **FORNECEDOR(ES)** vencedor(es), dentro do prazo de validade da sua(s) proposta(s), ou do prazo de vigência contratual, recusar(em)-se a fornecer o biodiesel, objeto de sua(s) proposta(s), ensejar(em) o retardamento da execução de seu(s) objeto(s), não mantiver(em) a(s) proposta(s), falhar(em) ou fraudar(em) na execução da contratação, comportar(em)-se de modo inidôneo ou cometer(em) fraude fiscal, **garantida prévia defesa**, ficará(ão) impedido(s) de contratar com a ANP, sem prejuízo das multas previstas neste Edital e no Contrato e das demais sanções previstas na legislação geral para a Administração Pública.

Portanto, resta exaustivamente demonstrado que o procedimento adotado pelas autoridades coatoras é ilegal, em patente cerceamento de defesa e do contraditório, quando inabilitou de forma automática a Recorrente para o Edital Leilão Público n.º 004/2019 – Leilão L68 e Edital Leilão Público n.º 005/19 – Leilão 68C.

III - Da ausência de responsabilidade civil objetiva em caso fortuito

Como mencionado, consta no Edital 001/2019 (Leilão L65), em sua cláusula 12.14, que o fornecedor que deixar de entregar volume de biodiesel inferior a 90% ficará impedido de participar do L68, como se verifica abaixo:

12.14 O **FORNECEDOR** que, ao final do contrato referente ao Edital de LEILÃO PÚBLICO n.º **001/19**, houver entregado volume de biodiesel inferior a 90% do total por ele contratado ficará imediatamente impedido de participar do **L68**.

Já o Contrato de Compra e Venda de Biodiesel prevê que as partes não responderão pelo descumprimento das obrigações em decorrência de caso fortuito ou força maior.

CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA – DO CASO FORTUITO E DA FORÇA MAIOR

17.1. As **PARTES** não responderão pelo descumprimento das obrigações ou prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, na forma do art. 393 do Código Civil Brasileiro, caso em que qualquer das partes pode pleitear a rescisão contratual.

Ou seja, comprovada a ocorrência de caso fortuito não se pode qualquer das partes serem penalizadas, **o que inclui nessa hipótese a falta de entrega de volume de biodiesel comercializada.**

No caso da Recorrente, foram entregues 72,7% (setenta e dois vírgula sete por cento). O não alcance do valor mínimo exigido se deu em decorrência de caso fortuito, qual seja, a interdição das instalações da Recorrente em decorrência do fatídico acidente.

Feitos estes esclarecimentos, cumpre destacar as circunstâncias do acidente, que por sua vez deu causa ao descumprimento das obrigações.

Apesar de explosão ser risco inerente à atividade da Recorrente, há que considerar que o acidente foi causado por ação de terceiro, que descumpriu as normas

de segurança no trabalho, especialmente, as instruções da NR 20, regulamentada pela Portaria MTb n.º 3.214, de 08 de junho de 1978¹.

O referido acidente ocorreu quando o Sr. Thiago (líder de manutenção) e seu ajudante Sr. Maicon, ambos empregados da Recorrente, tentavam construir um guarda corpo externo **com solda no Tanque DC-04 (5m) e em atividade de produção habitual**, em patente negligência e descumprimento da norma 20.8 da NR20.

Ademais, o Sr. Thiago, mesmo sabedor de todo o risco, ignorou o procedimento obrigatório de inertização de atmosfera, previsto na NR 33.3.2 alínea f², conforme se extrai do Relatório de Acidente de Trabalho elaborado pelo Engenheiro Mecânico e de Segurança do Trabalho, Sr. Fábio Vieira dos Santos, CREA nº 5061937440, do qual destaca aqui a conclusão das causas do acidente:

CAUSA DO ACIDENTE

Trabalho com atividade de solda sobre tanque com produto potencialmente explosivo sem os métodos de inertização da inflamabilidade.

Das testemunhas ouvidas e da vistoria e levantamento no sistema de OS e nos arquivos impressos, não foi identificado ou informado existência de ordem de serviço, solicitação, anotação com identificação desta necessidade ou demanda da atividade que estava sendo executado no momento do acidente.

O Sr. Thiago Albino Benedicto, como líder de manutenção e uma das vítimas, tinha conhecimento do uso das permissões de trabalho e autonomia para abertura destas mesmas.

Também, é conhecido que o Sr. Thiago Albino Benedicto, tinha alguns anos de experiência com trabalhos em empresa de biodiesel, além de todos os treinamentos identificados para o desempenho seguro de suas funções, dentre eles, NR 33 e NR 20.

Dentro das evidências apresentadas e dos depoimentos ouvidos, classifico a principal responsabilidade deste acidente ao Sr. Thiago Albino Benedicto.

O Sr. Thiago Albino Benedicto tinha ciência dos riscos do processo de soldagem em um tanque atmosférico com produtos potencialmente inflamáveis, mesmo com a ciência destes riscos, executou a operação, que acabou levando ao acidente.

Tais fatos estão comprovados pelas declarações do Sr. Eli da Silva Ramos e pelo Relatório do Acidente de Trabalho realizado pela empresa INSPEK – Segurança do Trabalho, Engenharia e Inspeção.

Além disso, o comunicado emitido pelo adquirente, **Petrobrás**, reconhece a ausência de culpa da Recorrente e aponta o funcionário como sendo o responsável pelo acidente, bem como que o fato era inevitável, veja-se:

¹ Disponível em <https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-20.pdf> Acesso em: 29/08/2019.

² Disponível em < <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR33.pdf> > Acesso em: 29/08/2019

Em relação à usina Prisma, esta acionou a cláusula Décima Sétima do Contrato de Compra e Venda de Biodiesel, alegando caso fortuito com base na documentação anexa, em virtude do acidente ocorrido em abril do corrente ano. Foi solicitado um parecer ao nosso Jurídico, que concluiu afirmando ser

Carta Análise Performance L85 - Petrobras (0320819) SEI 48610.213256/2019-41 / pg. 1

defensável que a ocorrência não caracterize caso fortuito porque, ainda que tenha ficado claro que o fato tenha sido inevitável para a Prisma, já que o funcionário foi o causador do acidente, o código civil responsabiliza, de forma objetiva e não por presunção, o empregador por todos os riscos empresariais, ou seja, em uma ação indenizatória, por exemplo, a Prisma poderia ser condenada a pagar mesmo não tendo sido a responsável direta do acidente. Com isso, a Petrobras cobraria o pagamento de multa da usina caso alguma distribuidora a acionasse. Entendemos que cabe à ANP avaliar a responsabilização pela interrupção das entregas por este fornecedor.

Desse mesmo parecer constata a tentativa de se afastar a tese de caso fortuito utilizando da suposta responsabilidade objetiva, em decorrência da empresa responder por todos os riscos empresariais.

Por sua vez a **ANP reconhece a inexistência de culpa por parte da Impetrante**, mas também se utiliza dos mesmos argumentos, quanto a aplicação da responsabilidade objetiva, ao presente caso, como se depreende do trecho extraído do Relatório de Análise de Recurso Administrativo:

Entende-se que a ocorrência não caracterize caso fortuito porque, ainda que tenha ficado claro que o fato tenha sido inevitável para a Prisma, já que o colaborador foi o causador do acidente, o código civil responsabiliza, de forma objetiva e não por presunção, o empregador por todos os riscos empresariais.

Quanto aos argumentos apresentados indaga-se: **O que o instituto do caso fortuito afeta a responsabilidade objetiva?**

Depreende-se que nem mesmo a ANP conseguiu refutar esse argumento, pois se utilizou de instituto inaplicável ao presente caso.

Inquestionável estar-se diante de um caso fortuito, pelo fato de ser **incontroverso que o evento imprevisível e inevitável que ocorreu a partir de ação de empregado que descumpriu as procedimentais.**

Portanto, uma vez descumpridas normas criadas para eliminar e/ou reduzir os riscos da atividade empresarial, **os riscos vão além do que é inerente à atividade desenvolvida.**

Este é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

A) RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. 1. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS RECLAMADOS. FATO DA VÍTIMA NÃO EVIDENCIADO. TRABALHADOR PORTUÁRIO. ATIVIDADE QUE IMPLICA EXPOSIÇÃO A RISCO ACENTUADO. ART. 927, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL . 2. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. CUMULAÇÃO COM O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. [...] Sendo objetiva a responsabilidade - como ocorre com o trabalhador portuário, que se submete a risco acentuado decorrente do ambiente de trabalho -, ela deve ser observada pelo Poder Judiciário. Esclareça-se, quanto à suposta culpa exclusiva da vítima, que o fato da vítima (denominado como culpa da vítima no CCB/2002 - art. 936) é fator excludente da reparação civil, por inexistência de nexo de causalidade do evento danoso com o exercício da atividade laboral. Nesse norte, a **caracterização da culpa exclusiva da vítima é fator de exclusão do elemento "nexo causal" para efeito de inexistência de reparação civil no âmbito laboral quando o infortúnio ocorre por causa única decorrente da conduta do trabalhador, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador, ou também sem qualquer ligação com os fatores objetivos do risco da atividade [...]** (RR-113600-19.2013.5.17.0010, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 23/08/2019). [sem grifo no original]

Além disso, o enunciado 443 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal pacífica o entendimento de que o caso fortuito **é excludente de responsabilidade civil quando o fato gerador não for conexo com à atividade desenvolvida.**

Logo, considerando que o descumprimento das normas de segurança do trabalho constitui prática alheia a atividade empresarial, aplica-se ao presente caso Cláusula Oitava do Edital de Leilão Público n.º 001/19 - L65, **o que impede a aplicação de penalidade de inabilitação para o Leilão L68 Complementar.**

Ao mesmo tempo, a inabilitação vergastada fere, também, o princípio da razoabilidade uma vez que deixa de ser razoável punir a Recorrente frente a caso fortuito reconhecido pela ANP e pela Petrobras, mais ainda com o argumento de responsabilidade objetiva, inaplicável ao contrato em questão.

IV - Do requerimento

Diante do exposto, requer seja conhecido e provido o presente recurso administrativo a fim de reabilitar a empresa fornecedora, ora recorrente, para participar do L68C, em observância ao Edital e os princípios gerais e específicos do direito que regem o certame.

Atenciosamente,



PRISMA COMERCIAL EXPORTADORA DE OLEOQUIMICOS LTDA
MOISÉS GARCIA DA ROCHA
SÓCIO ADMINISTRADOR